Der gutgläubige Erwerb der persönlichen Hypothekenforderung

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde an der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg i. Br.

vorgelegt von

Joachim Saling.

Referent: Prof. Dr. Pringsheim.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

LITERATURVERZEICHNIS.

Biermann. Kommentar zum BGB, Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin 1914.

Binder. Schuld und Haftung, in JherJ 77, 75 ff.

Boehmer. Trennung von Hypothek und Forderung, in ArchfbürgR 37, 205 ff.

— Aenderungen des Hypothekenrechts durch die 3. Steuernotverordnung, in ArchZivPrax. 123, 335.

Brinck. Die Bezahlung der Hypothekenforderung und der Grundschuld, Berlin 1907.

Busch. Die Hypothekenurkunde, in ZfG 12. Jahrg., Leipzig 1117.

Du Chesne. Wertrecht und Pfandrecht, in JherJ 76, 207.

— Dinglisch-obligatorisch-dynamisch, in DJZ 1925, 578.

Cosack-Mitteis. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 1. Teil: Sachenrecht, 7. u. 8. Aufl., Jena 1924.

Crome. System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. III, Tübingen 1905.

Dernburg. Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. III, 4. Aufl., Halle 1908.

— Das preußische Privatrecht, 1. Abtlg., 4. Aufl., Leipzig 1891.

Endemann. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd. 1. Abtlg.: Sachenrecht, 8. u. 9. Aufl., Berlin 1905.

Enneccerus-Lehmann. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, Marburg 1930.

Gierke, O. v. Deutsches Privatrecht, 2. Bd. Sachenrecht, im HdR, herausg. v. Binding, Leipzig 1905.

Goldmann-Lilienthal. Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt, 2. Bd. Sachenrecht, Berlin 1912.

Güthe-Triebel. Kommentar zur Grundbuchordnung, 2. Bd., Berlin 1929.

Hachenburg. Das BGB, Vorträge, gehalten in den Jahren 1896 und 97, 2. Aufl., Mannheim 1900.

Hartmann, K. Der gutgläubige Erwerb der Hypothek, Diss. Erlangen 1931.

Heck. Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930.

Kohler. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, Berlin 1919.
— Pfandrechtliche Forschungen, Jena 1882.
Kretzschmar. Kommentar zum Sachenrecht, Berlin 1906.
Maibom, v. Mecklenburgisches Hypothekenrecht, Leipzig 1894.
Motive zum BGB, Bd. III Amtl. Ausg., Berlin u. Leipzig 1888.
Nußbaum. Lehrbuch des deutschen Hypothekenwesens nebst einer Einführung in das allgemeine Grundbuchrecht, 2. Aufl., Tübingen 1921.
Oberneck. Das Reichsgrundbuchrecht, Bd. II, 4. Aufl., Berlin 1909.
Oertelt. Im Recht 1914, 294.
Oertmann. Der Dinglichkeitsbegriff, in JherJ 31, 415.
Planck. Kommentar zum BGB, 3. Bd. Sachenrecht, 9. Aufl., Berlin u. Leipzig 1920.
Predari. Kommentar zur Grundbuchordnung, 2. Aufl., Berlin 1913.
Protokolle der Kommission über die 2. Lesung des Entwurfs des BGB, Bd. III, Berlin 1899.
Ramdohr. Schutz mangelhafter Erkenntnisfähigkeit im BGB, in Gruch. 44, 367 ff.
Revelsberger. Das bayrische Hypothekenrecht, in Deutsches Hypothekenrecht, herausgegeben von Maibom, Leipzig 1896.
Reichsgerichts-Räte-Kommentar, Bd. I—III, 7. Aufl., Berlin und Leipzig 1929.
Rosenberg. Kommentar zum BGB, 3. Bd. Sachenrecht, 1. Halbbd., München 1919.
Schmid, H. Die Abtretung der Verkehrshypothek nach dem BGB, Diss. Leipzig 1914.
Schreiber. Schuld und Haftung, Bd. I, Leipzig 1914.
Sohm. Ueber Natur und Geschichte der modernen Hypothek, in GrünhZ 5, 1 ff.
Staudinger, v. Kommentar zum BGB, 3. Bd. Sachenrecht, 9. Aufl., München, Berlin und Leipzig 1926.
Sternberg. Die Bedeutung des § 1138, in JherJ 61, 385 ff.
Willms, Martin. Ueber das Verhältnis der Hypothek zur hypothekarisch gesicherten Forderung im geltenden Recht, Diss. Göttingen 1927.
Wolff, Martin. Sachenrecht, in Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9. Bearb., Marburg 1932.

EINLEITUNG.

Systematische Abhandlungen, die das Hypothekenrecht zum Gegenstand haben, behandeln bei der Darstellung der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs einer Hypothek Fälle, bei denen entweder die der gutgläubig zu erwerbenden Hypothek zugrundeliegende Forderung nicht besteht oder aber ihrer Durchsetzung eine Einrede entgegensteht. Daß in diesen Fällen der gutgläubige Erwerber nur das dingliche Recht bezw. die mit Einreden behaftete Hypothek erwirbt, daß also keinesfalls ein Wiederaufleben der Forderung in der Hand des gutgläubigen Erwerbers stattfindet, ist im Hinblick auf die im Bürgerlichen Gesetzbuch in den §§ 892, 1138 getroffenen Bestimmungen gewiß. In der Literatur bestehen jedoch Zweifel über das Schicksal der Forderung in einer anderen Gruppe von Fällen, die der ersteren verwandt ist. Das Eigentümliche dieser Gruppe besteht darin, daß die der Hypothek zugehörige persönliche Forderung besteht und auch nicht mit Einreden behaftet ist, jedoch dem Zedenten des gutgläubigen Erwerbers nicht zusteht (wie ihm auch das dingliche Recht nicht zusteht). Fälle dieser Art können auf Grund folgender Tatbestände entstehen: Hypothekar H zediert in Geschäftsunfähigkeit seine Forderung nebst Hypothek an N; N zediert sie darauf weiter an den redlichen R[1]). Derselbe Sachverhalt kann auch durch Anfechtung entstehen. Der Hypothekar H ficht die an sich rechtwirksame Abtretung an N an, nachdem dieser schon an R abgetreten hatte. Diese Anfechtung würde bewirken, daß H rückwirkend Gläubiger von Hypothek und Forderung werden würde, genau wie im ersten Fall H Gläubiger geblieben ist. In beiden Fällen hat jedoch ein gutgläubiger Erwerb der Hypothek durch einen Dritten, R, stattgefunden. Daß dieser Dritte kraft seines guten Glaubens das dingliche Recht erworben hat, kann nicht zweifelhaft sein. Hat er jedoch auch die persönliche Forderung erworben, oder verbleibt diese bei dem wahren Berechtigten?

Mannigfache Versuche, diese Frage, die von erheblicher praktischer Bedeutung ist, zu klären, sind bereits unternommen worden. Es muß aber festgestellt werden, daß bis jetzt eine befriedigende Konstruktion noch nicht aufgestellt wurde. In dieser Arbeit soll daher noch einmal der Versuch unternommen werden, zur weiteren Klärung der Streitfrage beizutragen.

§ 1.

Der Begriff der Hypothek.

Eine wissenschaftliche Erörterung der Frage, inwieweit bei der Uebertragung einer Hypothek durch einen im Grundbuch eingetragenen Nichtberechtigten die persönliche Forderung auf den gutgläubigen Erwerber übergeht, setzt mit Notwendigkeit eine Auseinandersetzung des Begriffes Hypothek voraus. Dieser Begriff läßt sich nun in zweierlei Hinsicht bestimmen: einmal durch Voranstellung der wirtschaftlichen Funktion, sodann durch Hervorhebung der rechtlichen Struktur der Hypothek. Wirtschaftlich hat die Hypothek wie die Grundschuld zur Aufgabe, eine Mobilisierung des Immobiliarvermögens zu ermöglichen. Beide, Hypothek und Grundschuld, dienen zur Sicherung des Realkredits.

Was die rechtliche Struktur der Hypothek anbelangt, so ist sie als dingliches Recht am Grundstück anzusehen. Diese Anschauung entspricht der herrschenden Lehre[1]) in Wissenschaft und Praxis. — Es hat jedoch nicht an Schriftstellern gefehlt, die sich gegen diese Auffassung der Hypothek als eines dinglichen Rechts gewandt haben. So versucht Sohm[2]), darzutun, daß die Hypothek ein obligatorisches Recht sei. Es fehle dem Hypothekengläubiger die Besitzbefugnis, die es ermögliche, sich vermittels der Sache einen bestimmten Vermögenswert zu beschaffen. Sein Recht auf Zwangsvollstreckung sei ausschließlich öffentlichrechtlicher Natur und sei nicht im Hypothekenrecht enthalten. „Das Hypothekenrecht ist nicht ein Recht, selbst zu handeln, sondern nur ein Recht, daß ein anderer, ein Verpflichteter, ein Schuldner, handele, d. h. es ist ein Forderungsrecht"; denn die einzige Handlung einer Person, die zu einer dem Inhalt des Rechts adäquaten Befriedigung führe, sei die Zahlung der Hypothekensumme durch den Hypothekenschuldner. Die Hypothekenklage sei somit eine Schuldklage, eine actio in personam in rem scripta. Mit geringen Abwandlungen ist u. a. Binder[3]) derselben Auffassung.

Verwandt mit dieser Auffassung ist die Theorie der Realobligation, da auch sie annimmt, daß die Hypothek ihrem

---

[1]) Beispiel von Wolff, § 137 Anm. 8.

[1]) Vgl. Staudinger a. a. O. § 1191 I 1; O. v. Gierke a. a. O. S. 843; Cosack, § 74 III 1; Predari, S. 124; Wolff, § 131; Dernburg, § 209 I; Oberneck II S. 1; Endemann, S. 702; Crome, S. 641; Planck, S. 762.

[2]) In GrünhZ. 5, 1 ff. [3]) In JherJ 77, 140, 175 ff.

Gläubiger einen Anspruch gegen den Grundstückseigentümer als Verpflichteten auf Leistung der Geldsumme aus dem Grundstück gewähre[4]). Wohl aber nehmen die Vertreter dieser Lehre an, daß die Hypothek ein dingliches Recht sei. Im Zusammenhang damit steht die von Gierke[5]) vertretene Ansicht von einer dinglichen Schuld mit auf das Grundstück beschränkter Haftung, die auf Grundsätze des deutschen Rechts zurückgeführt wird.

Im Gegensatz zu der Gesamtheit dieser Theorien steht die von der herrschenden Meinung geteilte Auffassung der Hypothek als eines Wertrechts[6]). Die Kategorie der Wertrechte stellt eine Untergruppe der dinglichen Rechte dar, die im Gegensatz zu der Gruppe der Nutzungsrechte steht. Der Inhalt der Wertrechte oder Sachverwertungsrechte geht dahin, daß der Berechtigte eine bestimmte Sache einer Person zur Befriedigung einer ihm zustehenden Forderung in der Form der Veräußerung bezw. staatlichen Veräußerung verwerten kann.

Gegen das von Sohm und Binder vorgebrachte Argument, daß das Fehlen einer Besitzbefugnis gegen die Dinglichkeit spreche, führt die h. L. an, daß es nicht zutreffend ist, daß die actio in rem das Kennzeichen des dinglichen Rechts ist[7]). Eine unmittelbare Beziehung zwischen Person und Sache liege jedoch vor. Es wird „die in der Sache selbst liegende Wertqualität dem Gläubiger zur Befriedigung überwiesen[8])". Ferner ergibt sich aus der Ausgestaltung, die die Hypothek im Bürgerlichen Gesetzbuch gefunden hat, eine Herrschaft am Grundstück durch die Ansprüche auf Unterlassung einer Sachverschlechterung, durch die diese Herrschaft verletzt werden könnte (§ 1134 BGB). Der Bestand der Hypothek wird nicht dadurch berührt, daß der Eigentümer wechselt, oder daß das Grundstück herrenlos wird. Auch wirkt die Belastung gegen jeden Rechtsnachfolger des Eigentümers. Ferner wird durch die Terminologie des BGB „Belastung eines Grundstücks", wie Nuß-

[4]) v. Maibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht S. 39; Cosack, § 221 III 1; Crome, § 460; Fuchs, Grundbuchrecht I, 373 ff.

[5]) S. 853 ff.

[6]) Kohler, Pfandrechtliche Forschungen, S. 47 ff.; Wolff, § 131; Planck-Strecker, Vorbem. 3 zu § 113; Boehmer, in ArchfbürgR 37, 208.

[7]) Oertmann in JherJ 31, 454.

[8]) Kohler, a. a. O. S. 53.

baum darlegt, zum Ausdruck gebracht, daß die Hypothek ein dingliches Recht am Grundstück begründet[9]).

Der grundlegende Unterschied der Theorie des Wertrechts von den vorhergehenden Theorien ist jedoch der, daß dem Berechtigten nicht, wie von diesen behauptet wird, ein Anspruch zustehe, sondern daß ihm lediglich die Befriedigung aus der Sache gebühre, er ein Recht habe, sich einen Vermögenswert aus fremder Sache durch eigene Handlung zu verschaffen. Das Gesetz hat in § 1147 selbst definiert, was unter Zahlung im Sinne des Hypothekenrechts zu verstehen ist. Aus dieser Vorschrift ergibt sich, daß Zahlung „aus dem Grundstück" nicht Zahlung durch den Grundeigentümer, sondern Zahlung in den Formen der Zwangsvollstreckung bedeutet: ein privatrechtlich Zahlungspflichtiger fehlt. Vielmehr wird das, was der Berechtigte zu erhalten hat, von den Vollstreckungsorganen aus dem Versteigerungserlös oder den Verwaltungseinkünften geleistet.

Wenn von Sohm[10]) eingewandt wird, das Recht auf Erwirkung des Zwangsvollstreckungstitels gegen den Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks sei ein öffentliches Recht und es sei ferner nicht Inhalt der Hypothek, so muß dem entgegengehalten werden, daß „die Tätigkeit des Hypothekengläubigers die ausschlaggebende Kraft"[11]) ist. Der Hypothekar, nicht der Staat übt das Recht aus der Hypothek aus. Selbstverständlich ist das Recht auf Zwangsvollstreckung ein öffentliches Recht. Der Staat verleiht es dem Hypothekengläubiger, jedoch nur deswegen, weil es seinem Recht entspricht, dessen Abbild ist.

Gegen die Ansicht, daß das Recht des Hypothekengläubigers auf Erwirkung eines Zwangsvollstreckungstitels Inhalt dessen privatrechtlicher Befugnis sei, wendet sich insbesondere Binder[12]). Nach ihm soll das Verwertungsrecht kein einheitliches Recht sein. Er bringt für diese Ansicht keine zwingenden Argumente vor. Die Zerlegung des Verwertungsrechts in der von Binder vorgenommenen Art und Weise ist nicht möglich, da hierdurch weder das dingliche Surrogationsprinzip[13]) noch die durch die Hypothek dem Berechtigten verliehene Rechtsmacht genügend beachtet wird.

---

[9]) Nußbaum a. a. O. S. 45.
[10]) s. oben.
[11]) Wolff, § 131 Anm. 5.
[12]) In JherJ 77, 141 Anm. 1.
[13]) Endemann. a. a. O. S. 724/25.

Eine besondere Kategorie der Wertrechte wird u. a. auch von Du Chesne[14]) anerkannt. Er schließt sich der herrschenden Lehre an, daß die Hypothek „weder auf Verschaffung eines Vermögensvorteils noch auf Sicherung des Besitzes, sondern auf Selbstbeschaffung eines Vermögensvorteils gehe". Nach ihm handelt es sich jedoch hier um eine Sonderkategorie des dynamischen Rechts. Durch das Hereinziehen eines öffentlichrechtlichen Elements in das Privatrecht und die Benutzung dieses Elements als Triebfeder für die selbsttätige Weiterentwicklung hebe sich dieses Recht von den dinglichen und obligatorischen Rechten ab. Schon die privatrechtliche Verschaffungsbefugnis gebe von sich aus den prozessualen Verschaffungsanspruch, der zur Verwirklichung der Verschaffungsbefugnis diene. Es ergibt sich für ihn, daß die Hypothek ihrem Wesen nach weder schuldrechtlicher noch dinglicher Natur ist, sondern ein zwischen beiden liegendes Rechtsgebilde eigener Art, gerichtet weder auf Verschaffung eines Vermögensvorteils, noch auf Sicherung des Besitzes, sondern auf Selbstbeschaffung des Vermögensvorteils. Dem Berechtigten gewähre sie kein Recht auf Leistung, sondern auf Nehmen, wobei das Nehmen als eine selbständige, nicht auf Sachbesitz, sondern auf einen Vermögensvorteil gerichtete Handlung zu verstehen ist. Durch diese Ausführungen werden treffend inneres Wesen und Eigenart der Hypothek beleuchtet, indem sie die Tatsache erklären, daß der Hypothekenberechtigte sich nur im Wege der Zwangsvollstreckung befriedigen kann. Diese Tatsache wird hierdurch nicht nur als eine rein äußere, vom Gesetz vorgeschriebene Form der Durchsetzung des Hypothekenrechts bezeichnet, sondern sie wird in das innere Wesen der Hypothek organisch eingegliedert. Die Anschauung Du Chasnes deckt sich also mit der von der herrschenden Meinung vertretenen Lehre, wonach der Hypothekenberechtigte sich durch eigene Handlung den ihm gebührenden Betrag verschafft. Nach der Terminologie der herrschenden Lehre, würde, was er dynamisches Recht nennt, noch als dingliches Recht bezeichnet werden können.

Im Vorhergehenden wurde der Inhalt des neben der Forderung stehenden Rechts untersucht, das — wie unten gezeigt werden soll — für das Wesen der Hypothek eine ausschlaggebende Rolle spielt. Andererseits kann jedoch die Forderung bezw. der Zusammenhang des dinglichen Rechts

[14]) In JherJ 76, 207; in DJZ 1925, 578.

mit der persönlichen Forderung nicht außer Acht gelassen werden. Es ist Sohm[15]) darum nicht voll zuzustimmen, wenn er ausführt, daß die Rechtssätze, welche dieses Verhältnis regeln — das er im Anschluß an die herrschende Lehre als Akzessorietät bezeichnet — für das Wesen der Hypothek nicht ausschlaggebend seien. In fast allen Bestimmungen, die das Bürgerliche Gesetzbuch für die Hypothek getroffen hat, tritt der Dualismus von dinglichem Recht und persönlicher Forderung hervor. So kommt Heck[16]) zu dem Ergebnis, daß der Hypothek eine Doppelstellung zukomme, daß sie als Folge dieser Verbindung einmal Normen des Schuldrechts, ein anderes Mal Normen des Sachenrechts unterstehe. Da er jedoch auf eine klare Begriffsbildung verzichtet, kann ihm nicht in allen Punkten gefolgt werden. Für die Behandlung unseres Problems spielt jedoch diese Frage eine wichtige Rolle. Daß diese Frage jedoch auch für das Wesen der Hypothek ausschlaggebend ist, zeigt sich bei der Unterscheidung des Pfandrechts an Mobilien von der Hypothek. Beide Rechte sind zwar dingliche Rechte und auch Wertrechte. Der Unterschied zeigt sich jedoch in einem unterschiedlichen Verhältnis der persönlichen Forderung zu dem dinglichen Recht. So zeigt Nußbaum[17]), daß die abweichende gesetzliche Begriffsbestimmung beider Rechte darauf hinweist, daß bei dem Mobiliarpfand das Abhängigkeitsverhältnis des dinglichen Rechts von der persönlichen Forderung stärker betont ist. Ferner sei auf die Möglichkeit der Verselbständigung des dinglichen Rechts bei der Hypothek hingewiesen. Das Bestehen einer strengen Akzessorietät ist aber bei der Hypothek stark umstritten[18]). Daß sich jedoch das Verhältnis von dinglichem Recht und persönlicher Forderung keinesfalls in der Akzessorietät erschöpft, soll unten gezeigt werden.

§ 2.

Voraussetzungen für den gutgläubigen Erwerb einer Hypothek.

Bevor nun auf das Kernproblem dieser Arbeit, nämlich lich die Frage, inwieweit durch den gutgläubigen Erwerb einer Hypothek auch die für die Hypothek bestehende per-

[15]) In Grünh.Z 5, 4.
[16]) § 109 Ziff. 2/6.
[17]) a. a. O. S. 46.
[18]) Auf der einen Seite Wolff, § 134; auf der anderen Seite Heck, § 82.

sönliche Forderung erworben wird, eingegangen wird, mögen noch kurz die Voraussetzungen für den gutgläubigen Erwerb einer Hypothek angegeben werden.

Hierbei ist zunächst zwischen Verkehrs- und Sicherungshypothek zu unterscheiden. Verkehrshypotheken können Buch- oder Briefhypotheken sein. Liegt eine Buchhypothek vor, so kommen die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, die §§ 892 ff., unmittelbar zur Anwendung.

Voraussetzung für einen gutgläubigen Erwerb ist also Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts, d. h. das Grundbuch steht mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang. Weiterhin muß die Uebertragung durch Rechtsgeschäft erfolgt sein und auf Seiten des Erwerbers guter Glaube vorhanden sein.

Was zum guten Glauben des Erwerbers erforderlich ist, sagt der Gesetzgeber nicht. Es steht aber fest, daß es sich hierbei nicht um einen allgemeinen Begriff handelt, dessen Merkmale aus dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens zu entnehmen sind[1]). Ebensowenig haben wir es hier mit einem terminus technicus im Sinne eines in seiner Bedeutung gleichbleibenden Fachausdruckes zu tun. Vielmehr gibt das Bürgerliche Gesetzbuch auf die Frage, was unter gutem Glauben zu verstehen sei, nur für jede Einzelmaterie die Antwort. Während sich aber z. B. in § 932 BGB eine für das Fahrnisrecht bindende Legaldefinition findet, fehlt es an einer solchen für das Liegenschaftsrecht. Aus dem Wortlaut des § 892 ergibt sich, daß der gute Glaube, von dem hier die Rede ist, ein rein negativer Begriff ist, für den maßgebend ist, das Fehlen der Bösgläubigkeit. Bösgläubig im Sinn des § 892 ist daher nur der, der positive Kenntnis der Grundbuchunrichtigkeit hat. Ein grob fahrlässiges Nichtwissen genügt nicht. Allerdings geht die wohl überwiegende Meinung dahin, daß die bloße Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich die Unrichtigkeit des Grundbuchs ergibt, einer Erkenntnis der Unrichtigkeit nicht gleichzusetzen ist[2]).

Auch für den gutgläubigen Erwerb einer Briefhypothek gelten in erster Linie die allgemeinen Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Jedoch ergeben sich einige Besonderheiten gegenüber der Buchhypothek.

Geht nämlich die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbrief oder einem Vermerk auf dem Briefe her-

[1]) Vgl. Hartmann a. a. O. S. 16.
[2]) Wolff, a. a. O. S. 131.

ve., dann kann sich der Erwerber nicht auf den Inhalt des Grundbuchs berufen. Ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuches, der aus dem Briefe oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, steht einem im Grundbuch eingetragenen Widerspruch gleich (§ 1140).

Damit wird ausdrücklich vom Gesetzgeber bestimmt, daß nur das Grundbuch öffentlichen Glauben genießt. Jedoch hat der Hypothekenbrief die Kraft, den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu zerstören. Geht die Unrichtigkeit des Buchs aus dem Brief hervor, dann trifft den Erwerber eine Erkundungspflicht bezüglich der Richtigkeit des Grundbuchs[3]).

Auch aus dem § 1155 BGB ergibt sich eine weitere Verschiedenheit für die Briefhypothek gegenüber der Buchhypothek.

Außerhalb des Grundbuchs kann sich der Erwerber auf die Berechtigung des Veräußerers zur Uebertragung der Briefhypothek verlassen, wenn sich dessen Recht aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen ergibt. In diesem Falle finden die §§ 891/99 in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre. Der Zweck dieser Vorschrift ist es, die Uebertragung des Hypothekenrechts außerhalb des Grundbuchs zu ermöglichen und damit zu einem leicht übertragbaren Recht zu machen[4]). Abweichendes gilt für die Sicherungshypothek. Das Recht des Gläubigers bestimmt sich bei ihr lediglich nach dem Bestande der Forderung. Das Bestehen der Forderung ist jedoch von dem Grundbuchinhalt unabhängig, so daß für den Erwerb der Sicherungshypothek die Normen des Schuldrechts maßgebend sind. Daraus ergibt sich, daß die durch § 1138 BGB angeordnete ausdehnende Anwendung des § 892 BGB für die Sicherungshypothek nicht gilt. Ein gutgläubiger Erwerb ist also in dem für die Verkehrshypothek geltenden Umfang nicht möglich. Ein solcher ist hier nur soweit gegeben, als er sich unter den Voraussetzungen des § 892 auf das dingliche Recht, soweit es von dem Bestand der Forderung unabhängig ist, bezieht.

---

[3]) Auf die sich aus dem § 1140 ergebenden Streitigkeiten kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden.

[4]) Eine genaue Uebersicht über die sich aus § 1155 ergebenden Streitfragen gibt Hartmann a. a. O. S. 25 ff.

§ 3.

Wirkungen des gutgläubigen Hypothekenerwerbs auf die persönliche Forderung.

Wie schon erwähnt, steht die Hypothek entsprechend ihrer Natur als eines dinglichen Rechts am Grundstück unter dem Schutz des § 892. Jedoch greift zur Erweiterung des § 892 BGB der § 1138 ein. Nach ihm gelten die Vorschriften der §§ 891/99 BGB für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung, die der Hypothek zugrunde liegt. Was dabei den Erwerb des dinglichen Rechts anbelangt, so herrscht im Schrifttum und in der Rechtsprechung Einstimmigkeit, daß jedenfalls der Inhalt des Grundbuchs zugunsten der durch die §§ 892, 893 geschützten Personen auch hinsichtlich der Forderung insoweit als richtig und vollständig anzusehen ist, als dies für den Bestand der Hypothek notwendig erscheint[1]). Unerheblich ist hierfür in diesem Zusammenhang, ob man eine Unterscheidung zwischen denjenigen Fällen machen will, daß der Hypothek überhaupt keine Forderung zugrundeliegt, oder daß eine Forderung zwar besteht, sie aber zusammen mit der Hypothek nicht dem Zedenten, sondern einem Dritten zusteht. Selbst wenn man den § 1138 BGB nur auf die erstgenannte Art von Fällen beschränken, bei der zweiten Gruppe dagegen den Rechtserwerb des Erwerbers unmittelbar aus § 892 herleiten will[2]), so würde sich daraus für die Entscheidung keine abweichende Beurteilung ergeben. Auf jeden Fall hat der Erwerber kraft seines guten Glaubens die Hypothek erworben.

Schwierig ist jedoch die Rechtslage dann, wenn der gutgläubige Erwerber im Vertrauen auf das Grundbuch nicht nur das Recht aus der Hypothek geltend macht, sondern aus der persönlichen Forderung vorgehen will.

Daran, daß sich bei einer Hypothek die persönliche Forderung und das dingliche Recht zweien können, persönlicher Schuldner und Eigentümer nicht identisch zu sein brauchen, bestehen keine Zweifel. Diese Fälle bieten bei ihrer Abwicklung insofern keine Besonderheit, als es sich darum handelt, daß der Gläubiger der persönlichen Forderung zugleich Träger des dinglichen Rechts ist. Dem Gläubiger steht

---

[1]) Staudinger-Kober zu § 1138 Bem. III auf S. 1118; Koomm. v. RGR § 1138, 1 u. 3 b; Planck-Strecker, § 1138, 4; RGZ 91, 223.

[2]) So anscheinend Wolff, § 137 II 1 b; S. 504, 1 b; wo nur § 1138 zitiert wird u. wo § 1138 nicht angeführt ist, sondern nur die §§ 892, 893. L. A. Hartmann a. a. O. S. 74, der stets § 1138 angewandt wissen will.

dann nur die Möglichkeit offen, sich auf Grund der persönlichen Forderung an seinen Schuldner zu halten oder Befriedigung aus dem Grundstück zu suchen. Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger durch Erfüllung, so erlischt die Hypothekenforderung. Die Hypothek geht auf den Eigentümer über (§ 1163 I 2 BGB) und wird Eigentümergrundschuld, sofern sie nicht gemäß § 1164 auf den Schuldner übergeht. Hat dagegen der Grundeigentümer gemäß § 1142 freiwillig an den Gläubiger geleistet, so geht die Forderung auf ihn über. Gleichzeitig erwirbt er damit auch die Hypothek, die nun Eigentümerhypothek wird (§§ 1143, 1153)[3]). Dabei tritt der Forderungsübergang sogar dann ein, wenn dem Eigentümer kein Rückgriffsrecht gegen den persönlichen Schuldner zusteht[4]).

Wenn sich aber der Gläubiger aus dem Grundstück befriedigt, geht die Hypothek unter (§ 1181) und mithin auch in der Regel die Forderung des Gläubigers gegen den persönlichen Schuldner[5]). Sind dagegen der persönliche Schuldner und der Eigentümer des Grundstücks verschiedene Personen, so wendet die hier allgemein anerkannte Lehre den § 1143 I 1 entsprechend an und läßt die Forderung auf den Eigentümer übergehen[6]).

Der Hypothekar also, der zugleich Gläubiger der persönlichen Forderung ist, erhält auf jeden Fall eine nur einmalige Leistung in Höhe des ihm geschuldeten Betrages, sei es auf Grund einer Erfüllung durch den persönlichen Schuldner, sei es durch Zahlung des Grundeigentümers oder durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück.

Ungleich schwieriger gestaltet sich die Rechtslage aber in dem oben gebildeten Beispielen. Hier vollzieht sich der Erwerb des dinglichen Rechts insofern unter außergewöhnlichen Umständen, als er nur durch die Redlichkeit des Erwerbers vermittelt wurde.

Geht man nämlich von dem allgemeinen in § 1138 BGB aufgestellten Grundsatz aus, daß der Inhalt des Grundbuchs zugunsten der durch § 892 BGB geschützten Personen in-

---

[3]) Wolff § 140 V, 1.

[4]) Planck-Strecker, § 1143, 2e S. 889 u. die h. L. Vgl. RG 27, 229; Kretzschmar, Erl 3; Prot. II 607 ff. Ein Antrag, dahin ging, für diesen Fall eine Ausnahme zu machen, wurde abgewiesen, A. A. Siber in JherJ 50, 158 ff.

[5]) Planck-Strecker, § 1181, 4 S. 1058; Komm. v. RGR § 1181, 2.

[6]) Vgl. hierzu Staudinger-Kober, § 1181 III d β S. 1292; Planck-Strecker, § 1143, 2a Abs. II S. 888/89 u. die dort angegebene Literatur, wie auch RGZ 42, 275.

soweit auch hinsichtlich der Forderung als richtig und vollständig gilt, als dies für den Bestand der Hypothek in Betracht kommt[7]), so läßt sich daraus nur der Erwerb des dinglichen Rechts, nicht aber der der zugrundeliegenden Forderung herleiten. Für diejenigen Fälle des redlichen Erwerbs einer Hypothek, in denen eine persönliche Forderung überhaupt nicht wirksam bestellt worden ist, oder zwar ursprünglich bestanden, aber nachträglich aus irgendeinem Grunde wieder untergegangen ist, bietet die Sachlage keine Schwierigkeiten. Ein persönlicher Schuldner ist nicht vorhanden. Der Erwerber des dinglichen Rechts erwirbt hier kraft seiner Redlichkeit, er erwirbt aber keine persönliche Forderung. Selbst wenn er beim Erwerb der Hypothek an den Bestand der Forderung glaubte, so nützt ihm seine Redlichkeit insoweit nichts[8]). Daher ist auch hier ein Auseinanderfallen von Eigentümer und persönlichem Schuldner ebensowenig denkbar, wie das Bestehen eines von dem Träger des dinglichen Rechts etwa verschiedenen Gläubigers der persönlichen Forderung. Ob das auf diese Weise erworbene dingliche Recht aber seinem Wesen nach als Hyopthek, oder wegen Fehlens der persönlichen Forderung als Grundschuld anzusehen ist, kann hierbei dahingestellt bleiben[9]). Im Enderfolg kann es also nur zu einer einmaligen Leistung, nämlich der des Grundbuchseigentümers, kommen. Weder gegenüber dem Gläubiger des dinglichen Rechts noch gegenüber einem Dritten besteht eine persönliche Verpflichtung und kann auch nicht entstehen, da nach allgemeinen Grundsätzen ein überhaupt nicht existentes Forderungsrecht auch durch einen gutgläubigen Erwerb nicht entstehen kann. Nur der dingliche Haftungsgrund ist also gegeben.

Fraglich ist aber die Rechtslage, wenn zur Zeit der Abtretung der Hypothek eine persönliche, der Hypothek zu-

---

[7]) Planck-Strecker, § 1138, 2 S. 870 (nur für die Hypothek gilt die Bestimmung des § 1138, nicht für das persönliche Schuldverhältnis): RG 49, 367; RG in JW 1908, 658; RG 69, 268.

[8]) So die einstimmige Lehre; Wolff, § 137 II 3 S. 505; Staudinger-Kober, § 1138, 3 a β S. 1119; Komm. v. RGR § 1138, 3 b S. 554; RG 91, 223; Brinck, S. 121 u. 139; Ramdohr in Gruch. 44, 367.

[9]) Die Vertreter einer strengen Akzessorietät nehmen folgerichtig an, daß das dingliche Recht eine Grundschuld sei, und auch nur als Grundschuld übergeht. So Wolff, § 137 Anm. 10 S. 505; Sternberg in Jherj 61, 407. Die anderen sprechen von einer sogen. forderungslosen Hypothek: so Planck-Strecker, § 1138, 4 a S. 873; Dernburg III, 222 II 2; vermittelnd: Staudinger S. 1138, 3 a β S. 1119, Gierke S. 884.

grundeliegende Forderung zwar besteht, sie aber nicht dem Zedenten, sondern einem Dritten zusteht, und zwar entspricht diese Rechtslage derjenigen, die sich aus den in der Einleitung[10]) geschilderten Fällen ergibt.

Wendet man auf Fälle dieser Art die oben zu § 1138 entwickelten Grundsätze an, so würde sich ergeben, daß der Erwerber zwar das dingliche Recht, nicht aber die persönliche Forderung erworben hat. Bei folgerichtiger Durchführung dieses Ergebnisses würde man dazu kommen, daß die Forderung bei demjenigen verblieben sei, aus dessen Vermögen sie wegen der Unwirksamkeit ihrer Uebertragung niemals ausgeschieden war. Die Folge wäre also eine Zweiung auf der Gläubigerseite. Während nun grundsätzlich bei der Hypothek die innere Abhängigkeit von dinglichem Recht und persönlicher Forderung nur für den Fall geregelt ist, daß auf der Gläubigerseite eine Einheitlichkeit besteht, würde sich hier die Wirkung ergeben, daß jedes Recht einem besonderen Gläubiger zustände, daß also beide Rechte verschiedenen Schicksalen unterworfen sind. Eine im Schrifttum weitverbreitete Lehre, die im folgenden als herrschend bezeichnet werden soll, findet sich mit dieser Wirkung ab und gelangt zu dem Ergebnis, daß eine Trennung der persönlichen Forderung vom dinglichen Recht eintrete. Ausführungen über das Problem beschränken sich lediglich auf den Hinweis[11]), daß gegenüber Ansprüchen aus dem persönlichen Schuldverhältnis § 1138 nicht in Betracht kommt.

Regelsberger[12]) folgt dieser Ansicht, wenn er erklärt:

„Wenn ein Hypothekengläubiger seine Forderung zuerst dem A abtritt und, bevor der Gläubigerwechsel eingetragen ist, dem B, und B in gutem Glauben erwirbt, so tritt er in das Hypothekenrecht ein, während die Forderung bei A bleibt. Die Uebertragbarkeit solchen selbständigen Hypothekenrechts ist nicht zu bezweifeln, obwohl hier nur das dingliche Recht übergehen kann".

Wie man sieht, stehen die Vertreter dieser Ansicht auf dem Standpunkt, daß gemäß §§ 1138, 892 BGB die Redlichkeit des Erwerbers der Hypothek diesen nur das dingliche Recht, nicht auch die persönliche Forderung verschaffen könne, diese vielmehr bei dem ursprünglichen Gläubiger verbleibe. In weiterhin strenger Durchführung dieses Standpunktes kann man

---

[10]) S. oben, S. 1.

[11]) Staudinger-Kober, § 1138 I a, § 1116, § 1117; Boehmer in ArchZivPrax. 37, 218—219, 228/29; Sternberg in JherJ 61, 407; Gierke, § 882; Hachenburg, S. 560.

[12]) a. a. O. S. 418.

kam dazu gelangen, daß der Gläubiger der persönlichen Forderung von dem Schuldner deren Erfüllung verlangen kann, aber auch der Gläubiger der Hypothek berechtigt ist, Befriedigung aus dem Grundstück zu suchen. Der mit dem persönlichen Schuldner identische Grundstückseigentümer wäre danach dem Gläubiger der persönlichen Forderung zur Leistung verpflichtet, ferner könnte der gutgläubige Erwerber des dinglichen Rechts gegen ihn die Zwangsvollstreckung betreiben. Sind aber Grundstückseigentümer und persönlicher Schuldner verschiedene Personen, so müsse der persönliche Schuldner dem Gläubiger der persönlichen Forderung zur Erbringung der Leistung verpflichtet sein, während der Grundstückseigentümer die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück durch den Gläubiger des dinglichen Rechts zu gewärtigen hat, und wenn der Eigentümer von dem persönlichen Schuldner Regreß verlangen kann, bleibt dieser gehalten, eine doppelte Leistung zu bewirken.

Im Schrifttum hat es nun keinesfalls an Versuchen gefehlt, diese Auswirkung zu vermeiden. Man hat sich aber im wesentlichen mit Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen begnügt, die oftmals auf Kosten der juristischen Konstruktion in den Vordergrund gerückt wurden. Die Vertreter der herrschenden Lehre haben deshalb an dem Grundsatz der Trennung von persönlicher Forderung und dinglichem Recht festgehalten und versucht, auf anderem Weg zu helfen.

Auf die Unbilligkeit des dargelegten Ergebnisses, das mit Notwendigkeit aus der unterschiedlichen Behandlung von dinglichem Recht und persönlicher Forderung folgt, hat Boehmer[13]) hingewiesen. Er vertritt zwar als Anhänger der herrschenden Lehre den Standpunkt, daß sich die Annahme einer Trennung von Hypothek und Forderung auf der Gläubigerseite wegen §§ 1138 und 892 nicht abwenden lasse[14]). Trotzdem glaubt er, die sich hieraus ergebenden Unbilligkeiten durch entsprechende Anwendung des § 409 BGB mildern zu können[15]). Die den Schutz des § 409 BGB voraussetzende Abtretungsanzeige des Zedenten soll die vom Grundbuchamt ausgehende Mitteilung an den Eigentümer darstellen, die die erfolgte Abtretung von dem nichtberechtigten, eingetragenen Zedenten anzeigt[16]). Dieser Konstruktion mangelt es aber an der inneren

[13]) In ArchZivPrax. 37, 205 ff.
[14]) Boehmer a. a. O. S. 219.
[15]) So auch Staudinger-Koober, § 1138, 1 a S. 1117 unter Hinweis auf Boehmer.
[16]) Boehmer a. a. O. S. 229; hiergegen besonders Hartmann, S. 68.

Geschlossenheit, sie zeigt deutlich, daß ein Ausweg gesucht wird. Boehmer behandelt nur den Fall der Identität von Grundstückseigentümer und persönlichem Schuldner, und auch diesen nur unter dem Gesichtspunkt einer Zahlung an den Gläubiger nicht beim Zwangsversteigerungsverfahren beteiligt ist, gegen der herrschenden Lehre[17]) und trotz des Wortlauts des § 1156[18]) auf die persönliche Forderung. Ob dies zu Recht erfolgt oder nicht, kann unerörtert bleiben. Die Anwendung von § 409 ist jedoch nicht immer ausreichend. So wird die Gefahr einer doppelten Zahlung nach dem eigenen Hinweis Boehmers[19]) dann nicht verhindert, wenn der Gläubiger des dinglichen Rechts die Zwangsvollstreckung betreibt. Es gelangt dann lediglich der Betrag für das dingliche Recht zur Hebung, während die persönliche Forderung, da ihr Gläubiger nicht beim Zwangsversteigerungsverfahren beteiligt ist, vollkommen unberührt bleibt, da es garnicht zu einer Leistung des Schuldners im Sinne des § 409 kommt. Ein weiterer Fall des Versagens ist bei der Anwendung des § 409 dann gegeben, wenn eine Nichtidentität von persönlichem Schuldner und Grundstückseigentümer gegeben ist. Denn, da nach der Auffassung von Boehmer der Grundpfandgläubiger nicht persönlicher Gläubiger geworden ist, kann im Verhältnis zwischen ihm und dem Eigentümer stets nur die Befriedigung aus dem dinglichen Recht, nicht auch die persönliche Forderung zur Hebung gelangen. Selbst wenn aber der Eigentümer nach den §§ 1142, 1143 den Gläubiger befriedigen sollte, so würde, da diese Leistung nicht sowohl die Tilgung einer Schuld als vielmehr die Erwerbung einer Forderung bezweckt[20]), § 409 keine Anwendung finden. Eine Anwendbarkeit des sonst im Falle des § 1143 zugunsten des Eigentümers maßgebenden § 803[21]) lehnt aber Boehmer für die persönliche Forderung im Rahmen von § 1138[22]) ab. Eine Leistung des Eigentümers würde also die Forderung des Gläubigers gegen den ursprünglichen persönlichen Schuldner unberührt lassen. Damit tritt klar zutage, daß eine entsprechende Anwendung des § 409 im Falle der

---

[17]) Komm. v. RGR § 1156, 3 S. 590; Staudinger-Kober, § 1156 II 1 S. 1187; Planck-Strecker, § 1156, 1 S. 949.

[18]) § 1156: Die für die Uebertragung der Forderung geltenden Vorschriften der §§ 406/8 (also nicht § 409) finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger in Ansehung der Hypothek keine Anwendung.

[19]) a. a. O. S. 231.

[20]) Komm. v. RGR. § 1142, 4 S. 559 unter Berufung auf die Mot. III, 691.

[21]) Komm. v. RGR. § 1143, 4 S. 562.

[22]) Boehmer a. a. O. S. 217, 218.

durch den Gläubiger betriebenen Zwangsvollstreckung sowie bei einem Auseinanderfallen von Schuldner und Grundstückseigentümer Fehlergebnisse nicht beseitigt; und insbesondere im letzten Fall bestehen gegen die Anwendung des § 409 konstruktive Bedenken, die eine Anwendung unmöglich erscheinen lassen.

Auf einem anderen Wege versuchen Sternberg[23]), Brinck[24]) und Goldmann-Lilienthal[25]), die Schwierigkeiten aus dem Wege zu räumen. Hier sei nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen, daß auch sie zu den Vertretern der herrschenden Lehre gehören und grundsätzlich auf dem Standpunkt stehen, daß im Rahmen von § 1138 BGB eine Trennung von Hypothek und persönlicher Forderung eintritt[26]). Sternberg nimmt nun zwar zu den Fällen Stellung, daß sich dingliches Recht und persönliche Forderung zweien, und der persönliche Schuldner oder der Eigentümer des Grundstückes die Leistung erbringen. Die Frage aber, ob hier die Gefahr einer doppelten Zahlungspflicht besteht und wie sich die Rechtslage im einzelnen gestalten soll, bleibt im Ergebnis ungelöst. Die Feststellung, daß der persönliche Schuldner bei Leistung an den Gläubiger der Hypothek nur diesen, nicht aber den Gläubiger der persönlichen Forderung befriedigt[27]), ist eine Folgerung, die sich dem äußeren Anschein nach mit Notwendigkeit aus dem Grundsatz der herrschenden Lehre zu § 1138 BGB ergeben muß, wenn man einen Auseinanderfall von Hypothek und persönlicher Forderung annimmt. Wenn daher Sternberg hierzu nur darauf hinweist, daß der persönliche Schuldner sich zum Schutz auf die §§ 406/08 BGB, der Eigentümer des Grundstücks dagegen auf § 893 berufen könne[28]), so ist das kein Ausweg, der den Schwierigkeiten und den hiermit in Zusammenhang stehenden Fragen auch nur im geringsten gerecht wird. Denn der Schutz des § 893 erstreckt sich — wie unten gezeigt wird — nicht auf die persönliche Forderung. Der Eigentümer wird also nicht geschützt, wenn er an den Gläubiger der persönlichen Forderung leistet. Ebenso sind die Schutzbestimmungen zugunsten des Schuldners (§§ 406/408) mangels Fehlens ihrer Voraussetzungen nicht anwendbar, wenn der Schuldner an den Gläubiger des dinglichen Rechts leistet. Es wird also

---

[23]) In JherJ 61. 385 ff.
[24]) Die Bezahlung der Hypothekenforderung. S. 122 ff.
[25]) Sachenrecht, § 44 I 2a S. 296.
[26]) Sternberg a. a. O. S. 407; Brinck, S. 122; Goldmann-Lilienthal, S. 296.
[27]) Sternberg a. a. O. S. 407.
[28]) Sternberg a. a. O. S. 408 u. 410.

weder der persönliche Schuldner gegen die Inanspruchnahme seitens seines Gläubigers, noch der Eigentümer gegenüber der Geltendmachung des dinglichen Rechts durch den vom Gläubiger der persönlichen Forderung verschiedenen Träger ihres Rechts geschützt.

Goldmann-Lilienthal will der Gefahr einer doppelten Zahlungslast durch § 893 BGB begegnen[29]). Die Leistung des mit dem Eigentümer nicht personengleichen Schuldners an den im Grundbuch als Berechtigten eingetragenen Nichtgläubiger soll die Befriedigung der persönlichen Forderung bewirken (§ 893 in Vbdg. mit § 1138 BGB). Dem steht zunächst das Bedenken gegenüber, daß nach der fast allgemeinen Meinung § 893 diese Fälle nicht umfaßt, sondern nur für Zahlungen gilt, die auf Grund des dinglichen Hypothekenrechts erfolgen[30]). Dies erkennen Goldmann-Lilienthal im übrigen an anderer Stelle auch ausdrücklich an[31]). Eine Anwendung des § 893 in diesem Zusammenhang bei § 1138 BGB widerspricht aber dem auch von Goldmann-Lilienthal geteilten Standpunkt der herrschenden Lehre, daß die persönliche Forderung ihren eigenen Schicksalen unterworfen sei und der Schutz des redlichen Erwerbers des § 1138 BGB auf sie nur zugunsten der Hypothek erstreckt werde. Vertritt man diesen Standpunkt, dann muß man ihn auch insoweit folgerichtig durchführen, als man nicht im gleichen Atemzug, nur weil sich bei seiner Durchführung unbillige Ergebnisse einstellen, eine offenbar nur für das dingliche Recht gegebene Vorschrift wie den § 893 BGB auch auf die persönliche Forderung anwendet.

Eine von anderen Schriftstellern vertretene Ansicht läßt sich unter dem Gesichtspunkt zusammenfassen, daß der Geltendmachung der persönlichen Forderung eine Einrede entgegengesetzt werden kann. Gierke begründet dies damit, daß dem persönlichen Schuldner die Einrede aus der dinglichen Bindung der Forderung erwachse, da diese ja in Ansehung der Hypothek übergegangen sei[32]). Zu dem gleichen Ergebnis kommt auch Heck, allerdings mit abweichender Begründung[33]). Nach ihm ist durch Bestellung der Hypothek die Geltendmachung der persönlichen Forderung beschränkt wor-

---

[29]) Goldmann-Lilienthal, S. 206 Anm. 30.

[30]) Planck-Strecker, § 1138, 5 c S. 874 u. § 892 II 1 d S. 271; Brinck, S. 314 ff. u. 139 ff. u. die bei Planck a. a. O. Angeführten.

[31]) Goldmann-Lilienthal II § 79 bei Anm. 45 ff. S. 558 im Gegensatz zu § 44 I 2a S. 296. Die hier vertretene Ansicht wird auf S. 558 widerrufen.

[32]) O. v. Gierke Bd. II, 832 bes. Anm. 18.

[33]) Heck, § 89 S. 376/77 Nr. 8.

den. Er verallgemeinert die Norm des § 1160, die im Einzelfall die Interessen des Grundstückseigentümers schützt. Seine Rechtfertigung der Einrede für den persönlichen Schuldner gipfelt darin, „der Grundgedanke der Zweckgemeinschaft, der in § 1160 BGB für einen gewöhnlichen Fall anerkannt ist, ergibt das Weigerungsrecht“[34]).

Eine eingehende Begründung für die Zuerkennung einer Einrede zugunsten des persönlichen Schuldners versucht Schmid[35]) zu geben. Nach seiner Ansicht würde die Möglichkeit einer ungehinderten Geltendmachung der persönlichen Forderung im Widerspruch mit den Grundsätzen über den redlichen Erwerb stehen. Durch ihn kann der Verpflichtete nicht benachteiligt werden, sondern er zieht regelmäßig einen Verlust auf Seiten des ursprünglichen Berechtigten nach sich. Diese Gedanke wäre aber in das Gegenteil umgekehrt: „wenn dem Gläubiger der Forderung deren unbeschränkte Geltendmachung zustehen würde, so wäre die Folge, daß der Rechtsverlust auf Kosten des persönlichen Schuldners oder des Eigentümers ginge“[36]). Er weist außerdem noch auf § 1161 BGB hin, und will die Anwendung des § 1160 über den Wortlaut von § 1161 hinaus auch für den Fall anerkennen, daß persönlicher Schuldner und Eigentümer verschiedene Personen sind.

Allen diesen Ansichten steht aber ein grundsätzliches Bedenken gegenüber. Gerade die Untersuchungen von Schmid lassen deutlich erkennen, daß der Gesetzgeber im Hypothekenrecht ausdrücklich in einzelnen Bestimmungen dem persönlichen Schuldner Leistungsverweigerungsrechte zuerkannt hat. Wenn dies in einem Fall wie in § 1138 nicht erfolgt ist, so wollte der Gesetzgeber hiervon entweder absehen oder aber er hielt eine Einrede für überflüssig. Denn dagegen, daß eine nähere Regelung versehentlich unterblieben ist, spricht der Umstand, daß es sich um keine besonders seltenen Fälle handelt, in denen die aufgeworfenen Fragen eine entscheidende Rolle spielen. Für überflüssig konnte die Aufnahme einer entsprechenden gesetzlichen Bestimmung zu § 1138 BGB aber mit Rücksicht auf die sonstigen im Gesetz aufgeführten Einrederechte (§§ 1160, 1161) nicht gehalten werden. Der Inhalt betrifft fest umrissene Tatbestände. Gerade die Verknüpfung von wesensfremden Rechten zu einem einheitlichen Ganzen, wie dies bei der Hypothek der Fall ist, kann aber äußerlich scheinbar

---

[34]) Heck, § 89 S. 377.
[35]) a. a. O. S. 34.
[36]) Schmid, a. a. O. S. 35.

gleichliegende Fälle möglich, zu den gegensätzlichsten gestalten. Daraus war ohnehin zu erkennen, daß eine derartige indirekte Regelung zu erheblichen Meinungsverschiedenheiten führen mußte. Schon aus diesem Grunde muß man Zweifel gegen die Richtigkeit der eben dargestellten Ansichten hegen. Man kann sie aber, wie Hartmann es im Hinblick auf die Ansicht Gierkes tut, nicht ohne weiteres damit widerlegen, daß man in ihnen einen Widerspruch zu dem Grundsatz der herrschenden Lehre über die Anerkennung einer Trennung von persönlicher Forderung und dinglichem Recht sieht. In ihm mag zwar eine Zerreißung des Bandes zwischen dinglichem und obligatorischem Recht seinen Ausdruck finden. Daraus folgt aber keinesfalls mit Notwendigkeit, daß die bisherige „dingliche Bindung der Forderung" nunmehr keine Wirkungen mehr auslösen kann[37]). Denn ob das die notwendige Folgerung der herrschenden Lehre ist, soll ja gerade erst bewiesen werden. Aus dem erstgenannten Grunde wird man sich jedoch der Ansicht dieser Schriftsteller — zumindest in der Begründung ihres Ergebnisses — nicht anschließen können. Das gilt auch für Heck. Der Gedanke von der Zweckgemeinschaft allein reicht nicht aus. Denn wenn das Gesetz in § 1161 BGB die Interessen des Schuldners, der zugleich Eigentümer ist, schützt, dann bedarf es, wenn beide nicht identisch sind, noch des weiteren Nachweises, weshalb der Interessenschutz nicht den Gläubigern (oder wenigstens einem von ihnen), zugutekommen darf sondern dem persönlichen Schuldner oder dem Eigentümer und wem von diesen.

Im Gegensatz zu allen bisherigen Ansichten steht eine von Wolff schon in den ersten Auflagen seines Buchs[38]), Oertelf[39]) und Hartmann[40]) vertretene Lehre. Sie versucht, nicht dadurch zum Ziel zu gelangen, daß sie, auf dem Boden der herrschenden Lehre stehend, bemüht ist, deren anscheinend unbillige Ergebnisse durch entsprechende Konstruktionen auszugleichen, sondern sie nimmt im Ausgangspunkt einen der herrschenden Lehre entgegengesetzten Standpunkt ein. Ihr zufolge soll nämlich der Erwerb der Hypothek den der Forderung nach sich ziehen.

Wolff gibt hierzu allerdings keine Begründung, sondern trifft nur die Feststellung, daß, weil das dingliche Recht übergehe, auch die Forderung übergehen müsse.

---

[37]) So Hartmann a. a. O. S. 68/69.
[38]) S. 505 Anm. 8.
[39]) Im Recht 1914, 294.
[40]) a. a. O. S. 67 ff.

Oertelt wiederum ist der Auffassung, daß die persönliche Forderung in sinngemäßer Anwendung des § 1153 II BGB auf einen redlichen Zessionar übergehen müsse. Eine Verdoppelung der Last des Schuldners bezw. des Grundstückseigentümers, wie sie oben gezeigt wurde, laufe den allgemeinen Grundsätzen über den gutgläubigen Erwerb zuwider. Dieser kehre seine Spitze immer gegen den in Wahrheit Berechtigten, nicht aber gegen den Schuldner des Rechts; diesem könne nicht das Risiko eines gutgläubigen Erwerbs aufgebürdet werden. Ein gutgläubiger Erwerb der Forderung sei zwar ein Widerspruch zu den Grundsätzen des Obligationenrechts, der jedoch mit Rücksicht auf die §§ 1153 II, 1138 gerechtfertigt sei.

Hartmann schließt sich im Ergebnis der Lehre Oertelts an, bemerkt aber ausdrücklich, daß er sich mit der Beweisführung Oertelts nicht in allen Punkten einverstanden erklären kann.

Auch Hartmann nimmt zum Ausgangspunkt seiner Erörterungen die Vorschriften der §§ 1153 II 2. Halbs. und 1138 BGB.

Die Frage nach dem Rechtsschicksal der persönlichen Forderung müsse von der Streitfrage über die Akzessorietät der Hypothek streng geschieden werden[41]). Denn, da § 1153 BGB ausschließlich die „Uebertragung" der Hypothek regele, so folge daraus noch nicht, daß die Hypothek akzessorisch sei. Der Sinn des § 1153 BGB sei dahin zu beschränken, daß er nur der Abwehr der Gefahr seiner Rechtsverdoppelung, nämlich der Entstehung einer Doppelgläubigerschaft bei der Uebertragung von Hypothek und persönlicher Forderung diene. Deshalb enthielten auch die §§ 1159, 1164, 1168, 1, 1173 II, 1174 usw. keine wirklichen Ausnahmen von § 1153 BGB. Denn diese Gefahr bestände nicht, da entweder das dingliche Recht erlösche (§§ 1159, 1178) oder die persönliche Forderung untergehe (§§ 1164, 1173 II, 1174, 1182). In diesen Fällen könne auch der „Zusammenhang von Hypothek und Forderung unter Abspaltung entweder der Hypothek oder der Forderung durch seinen Uebertragungsakt getrennt werden[42]). Daraus glaubt Hartmann den Schluß ziehen zu können, daß man § 1138 BGB nicht ohne weiteres als eine weitere Ausnahme zu § 1153 BGB. auszudeuten habe, indem man in § 1138 BGB den Uebergang auf das dingliche Recht beschränke. § 1138 verbiete nach ihm nicht den Uebergang

[41]) Hartmann, a. a. O. S. 70 a.
[42]) Hartmann a. a. O. S. 73.

der persönlichen Forderung, sondern er bestimmt nur, daß jede Gültigkeit das dingliche Recht übergehe. Ueber die persönliche Forderung treffe § 1138 überhaupt keine Regelung. Den Uebergang der Forderung auf den redlichen Zessionar will er also unmittelbar aus § 1153 BGB herleiten, indem er § 1138 BGB auf das dingliche Recht beschränkt und es ablehnt, diesen als Ausnahmevorschrift zu § 1153 BGB aufzufassen[43]. Die Bedenken, die darin liegen, daß auf diesem Wege ein gutgläubiger Forderungserwerb anerkannt werde, obwohl dieser grundsätzlich nicht anzuerkennen sei, entkräftet er diesen Hinweis auf die vom Gesetz selbst anerkannten Ausnahmen[44]).

§ 4.

Kritische Würdigung der von Hartmann aufgestellten Lehre.

Eine kritische Stellungnahme zu der Lehre von Hartmann ist gleichbedeutend mit der Untersuchung darüber, ob in denjenigen Fällen, in denen bei der Uebertragung der Hypothek die persönliche Forderung nicht dem Zedenten, sondern einem Dritten zusteht, der Erwerb des dinglichen Rechts den der obligatorischen Forderung nach sich zieht, wie dies die der herrschenden Lehre entgegengesetzte Auffassung bejaht, oder nicht. Die Begründung der Gegenansicht, die Hartmann gibt, weist, gleichgültig, ob man der herrschenden Lehre folgt oder nicht, einen schon äußerlich erkennbar in Erscheinung tretenden Mangel auf. In dem ersten Teil seiner Darlegungen versucht Hartmann, gestützt auf die für die Hypothek geltenden Vorschriften, besonders auf die §§ 1138, 892, 1153 BGB, den Nachweis zu führen, daß „der Uebergang auch der persönlichen Forderung auf den redlichen Zessionar nur seine (nämlich des Erwerbs des dinglichen Rechts) gemäß § 1153 BGB notwendige Folge ist“[1]). Wenn Hartmann aber die schuldrechtlichen Bedenken gegen die Anerkennung eines gutgläubigen Forderungserwerbs damit für widerlegt erachtet, so ist diese Feststellung allein nicht ausreichend. Sie ist es umso weniger, als die hierfür angeführten Gründe einer sachlichen Kritik nicht hinreichend standhalten. Zwar entspricht es den Tatsachen, daß das Gesetz Fälle eines gutgläubigen Forderungserwerbs kennt, oder vielmehr richtiger Fälle, die der Wirkung nach einem gutgläubigen Forderungserwerb gleich kommen. Diese Tat-

[43]) Hartmann a. a. O. S. 74.
[44]) § 405 BGB, § 2366 BGB.
[1]) Hartmann a. a. O. S. 74.

bestände haben jedoch im Gesetz ausdrückliche Erwähnung gefunden. Nur § 405 gilt das in gleicher Weise wie für § 2366 BGB. § 405 bestimmt, daß der Schuldner dem neuen Gläubiger gegenüber sich dann nicht darauf berufen kann, daß eine Scheinabtretung vorliege oder daß die Abtretung vertragsgemäß ausgeschlossen sei, wenn er eine Urkunde über die Schuld ausgestellt hatte. Und zwar werden nur diese beiden Einwendungen dem Schuldner abgeschnitten. Der neue Gläubiger soll auf Grund der Tatsache, daß ihm eine Schuldurkunde vorgelegt wurde, geschützt werden. Es handelt sich also lediglich um eine Schutzvorschrift[2]). Wenn der gutgläubige Zessionar in § 2366 bei dem Erwerb des dinglichen Rechts gleichzeitig auch die Forderung gegen den persönlichen Schuldner erwirbt, dann ist dies nicht auf Besonderheiten des Hypothekenrechts anzuwenden. Mit Recht wird hier auf den Unterschied zwischen der Publizitätswirkung des Grundbuchs und der des Erbscheins hingewiesen[3]). Dabei ist die Fassung des § 2366, was die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von Forderungsrechten anbelangt, eindeutig[4]). Damit tritt die Einseitigkeit in der Beweisführung Hartmanns klar zutage. Unbestritten verneint das Gesetz grundsätzlich die Möglichkeit des redlichen Erwerbs einer Forderung und erkennt Durchbrechungen dieses Grundsatzes nur in wenigen Ausnahmefällen — auf Grund konkreter Tatsachen — an. Dieser Umstand spricht ohne weiteres zugunsten der herrschenden Lehre. Hartmann erkennt nun selbst an, daß „Tatbestand und Thema" der redliche Erwerb der Hypothek bleibt (§§ 892, 1138 BGB). Er wendet sich dagegen, daß man in § 1138 den Ausdruck einer Beschränkung der Publizitätswirkung auf das dingliche Recht erblickt[5]), weil die Tatsache, daß § 1153 II BGB durch Ausnahmen durchbrochen sei, nicht dazu zwinge, im § 1138 eine derartige Ausnahmeregelung zu erblicken. Selbst wenn man dem aber zustimmen wollte, so ergibt sich daraus noch keinesfalls, daß nunmehr aus § 1153 BGB hervorgeht, daß der Uebergang des dinglichen Rechts den Uebergang der persönlichen Forderung mit Notwendigkeit nach sich zieht. Hart-

[2]) Enneccerus-Lehmann, § 80 II 3.

[3]) Vgl. hierzu Hartmann, S. 75 Anm. 49, in der er mit Recht auf Boehmer a. a. O. S. 216 Anm. 11 u. den dort Genannten; Strohal Bd. II, 157 hinweist.

[4]) Erwirbt jemand von demjenigen, welcher in einem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, durch Rechtsgeschäft einen Erbschaftsgegenstand (dazu Komm. v. RGR § 2366, 3 S. 395).

[5]) So u. a. Sternberg a. a. O. S. 388, der von einer negativen Funktion des § 1138 spricht.

mann verfällt damit in denselben von ihm gerügten Fehler. Er erkennt nicht, daß das Hindernis nur zum Teil beseitigt ist. Unterstellt man nämlich, daß § 1153 II und § 1138 sich nicht gegenseitig ausschließen, sondern ergänzen, dann bedarf es noch des weiteren Nachweises, daß der Gesetzgeber damit auch eine Durchbrechung seines sonstigen Standpunktes vornehmen und den gutgläubigen Ewerb einer Forderung anerkennen wollte. Selbst wenn man annimmt, daß § 1138 BGB keine Durchbrechung des § 1153 II 2. Halbs. BGB darstellt, so ist damit keinesfalls unvereinbar, den Erwerb der persönlichen Forderung zu verneinen.

Es kann zunächst überhaupt zweifelhaft sein, ob ein gutgläubiger Erwerb als Uebertragung im Sinne des § 1153 II anzusehen ist. Planck[6]) sieht jedoch jeden Erwerb, gleichgültig ob er kraft Rechtsgeschäfts oder durch Gesetz bezw. richterliche Anordnung erfolgt, als Uebertragung im Sinne des § 1153 an. Stellt man sich auf diesen Standpunkt und legt man § 1153 II 2. Halbs. BGB dahin aus, daß die Hypothek nur insoweit nicht übertragen werden kann, als zwar ihr Uebergang, nicht aber der der persönlichen Forderung, bewirkt werden soll[7]), so enthält § 1138 keine Ausnahme von § 1153 II 2. Halbs. BGB für den Fall, daß entweder eine Forderung garnicht besteht oder zwar vorhanden ist, sie aber einem anderen als dem Zedenten zusteht. Erstreckt sich der Uebertragungsakt auf Hypothek und Forderung, dann könnte der Rechtserwerb des Zessionars nicht an § 1153 II BGB scheitern, sondern höchstens an einer begrifflichen Abhängigkeit der Hypothek von einer Forderung, deren Gläubiger gleichzeitig der Zedent sein muß. Hiergegen hatte dann § 1138 schützen wollen und zwar ohne etwas über den Erwerb der persönlichen Forderung durch den Zessionar zu bestimmen. Also auch, wenn man verneint, daß § 1138 eine Ausnahmevorschrift zu § 1153 II darstellt, kann man, ohne inneren Widerspruch, den Uebergang der persönlichen Forderung ablehnen. Die Entscheidung dieser Frage kann aber weder einseitig aus den §§ 892, 1138, 1153 BGB, noch schlechthin aus den Grundsätzen über Forderungsrechte gestellt werden. Den Mitübergang der persönlichen Forderung entgegen der herrschenden

[6]) Planck-Strecker, § 1153, 3 S. 924.

[7]) Darüber, daß in diesem Fall die Uebertragung nichtig wäre, vgl. RG in Warn. 1917 Nr. 147; Staudinger, § 1153 III 3 S. 1165. So versteht im übrigen Hartmann a. a. O. S. 71 selbst den § 1153 („er verbietet nicht die Trennung von Hypothek und Forderung schlechthin, sondern nur als Folge einer Uebertragung").

Lehre kann man auch deswegen nicht mit § 1153 II begründen, weil die Auslegung, die § 1153 II durch Wissenschaft und Praxis gefunden hat, eine Trennung dann für zulässig erachtet, wenn die in der Hand des Zedenten verbliebene Forderung nicht geltend gemacht wird[8]). Die Anwendung des § 1153 BGB innerhalb dieser Auslegung würde also auch zu dem durch O. v. Gierke, Heck und Schmid gefundenen Ergebnis führen. Die Lösung hat vielmehr aus dem Wesen der der Hypothek eigentümlichen Verknüpfung von persönlicher Forderung und dinglichem Recht zu erfolgen.

Im Verhältnis der Forderung zur Hypothek wird nach heute allgemein herrschender Lehre das dingliche Recht als Nebenrecht angesehen, das in Bezug auf das Hauptrecht, nämlich die Forderung, der Selbständigkeit entbehrt[9]). Der juristischen Konstruktion nach dient die Hypothek als Grundpfandrecht der Sicherung der persönlichen Forderung. Für diese wird sie bestellt, nicht etwa besteht die Forderung zugunsten der Hypothek.

Dem gegenüber steht aber die nicht wegzuleugnende Tatsache, daß die Hypothek immer mehr ihren pfandartigen Charakter abstreift. Die Hypothek folgt nicht mehr in allem den Schicksalen der Forderung. Die Hypothek ist eine der selbständigen Enthaftung fähiges Recht. So führte die historische Entwicklung u. a. durch Ausbildung des Instituts der Eigentümerhypothek dahin, daß das dingliche Recht nicht mehr vollkommen von der persönlichen Forderung abhängig ist. Wenn § 1154 BGB die Uebertragung der Forderung, die durch Bestellung einer Hypothek gesichert ist, an die schweren Formen bindet, so wird damit der Hypothek Rechnung getragen, nicht aber der Forderung[10]). Gerade im Gegensatz zum Mobiliarpfandrecht tritt dieser Gedanke auch im Verkehrsleben mehr und mehr in Erscheinung. So betont auch Nußbaum, daß bei Beleihung eines Grundstücks das dingliche Moment überwiegt, da die Sicherheit des Grundstücks ausschlaggebend sei[11]). „Man spricht davon, daß man sich eine Hypothek, aber nie davon, daß man sich ein Mobiliarpfand echt wie ein

---

[8]) RG 35, 239; RG in LZ 1918, 158 Nr. 8; Dernburg, Preußisches Privatrecht, I S. 829, § 325 N. 19. Predari, § 9. I, 2 S. 1[illegible], s. auch die vorige Anm.

[9]) Komm. v. RGR, § 402, 1 S. 605; Güthe-Triebel, Bd. II. 1945 unter Berufung auf RG 81, 266; Planck-Strecker, § 1154, 1 S. 925.

[10]) Cosack-Miteis, § 81 I 2a S. 294; „Ein Beweis dafür, wie sehr die Hypothek gegenüber der Forderung die Hauptsache geworden ist".

[11]) Nußbaum a. a. O. S. 46.

lasse“[12]). Der Grund hierfür ist unschwer darin zu finden, daß die Hypothek, die ihrem wirtschaftlichen Wesen nach Real-, nicht Personalkredit ist, in den weitaus meisten Fällen dazu dient, nicht ein augenblickliches Kreditbedürfnis zu befriedigen. Wenn trotzdem auf der anderen Seite die Hypothek wie alle Grundpfandrechte als dingliches Recht in mancherlei Hinsicht einem Anspruch gleich behandelt wird, obwohl eine Leistungsverpflichtung (Zahlungspflicht usw. nur für den Schuldner der persönlichen Forderung gegenüber dem Gläubiger besteht[13]), so soll darin nicht so sehr die Verbundenheit der Hypothek mit einer Forderung zum Ausdruck gelangen, als vielmehr hervortreten, daß die Hypothek rechtlich und wirtschaftlich in ihrer Bedeutung das persönliche Forderungsrecht überflügelt. „Die Dienerin hat ihr Wesen der Herrin aufgezwungen“[14]). Zutreffend weist auch Heck[15]) darauf hin, daß das Bestehen der persönlichen Forderung durch den Hinzutritt des dinglichen Rechts gefährdet wird. Durch die Bestellung der Hypothek für die persönliche Forderung tritt eine Veränderung im Wesen der Forderung ein. Der Gläubiger kann über die Forderung, für die er eine Hypothek bestellt hat, ohne die Hypothek nicht mehr verfügen. Diese Möglichkeit besteht lediglich für den Gläubiger der Maximalhypothek (§ 1190 II, 3), da hier ein wirtschaftliches Bedürfnis besteht[16]); diese Ausnahme zeigt, daß für die Verkehrshypothek eine solche Möglichkeit nicht besteht.

§ 5.

Eigene Stellungnahme zu der Frage des gutgläubigen Erwerbs der persönlichen Forderung.

Aus den bisherigen Erörterungen ergibt sich, daß nach Ablehnung der herrschenden Lehre auch die von Hartmann aufgestellte Meinung zwar im Ergebnis gebilligt wird, daß aber der Begründung Hartmanns nicht gefolgt werden kann. Unsere Aufgabe ist es demnach, eine Rechtsgrundlage für den gutgläubigen Erwerb der persönlichen Forderung zu schaffen.

Es sei zunächst festgestellt, daß die Frage nicht indentisch ist mit dem Problem der sogen. Akzessorietät zwischen Hypothek und Forderung.

Daß zwischen der Frage, ob die Hypothek der Forde-

[12]) Wolff a. a. O. S. 466.
[13]) Cosack-Mitteis, § 74 III 2b S. 270.
[14]) Wolff a. a. O. S. 466.
[15]) a. a. O. § 78, 6 S. 328.
[16]) Wolff a. a. O. § 153 IV, 2.

ung akzessorisch ist, und der Frage, inwiefern die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann, scharf unterschieden werden muß, ist von Hartmann[1]) richtig erkannt worden. Ihm ist ohne weiteres zuzustimmen, wenn er ausführt, daß § 1153 BGB als Argument für die akzessorische Natur der Hypothek herangezogen werden kann, ohne daß hieraus andererseits mit zwingender Notwendigkeit die Folgerung abzuleiten wäre, daß aus § 1153 ausschließlich die Akzessorietät der Hypothek zu entnehmen sei[2]). Daß diese von uns gewollte Unterscheidung nicht bloß von theoretischer Bedeutung ist, ergibt sich aus der Erörterung des Verhältnisses des § 1138 zu § 1153.

Wenn die heute noch als herrschend zu bezeichnende Lehre[3]) sich für die Annahme einer Akzessorietät der Hypothek entscheidet, so kann ihr darin nur nach Klärung des Begriffs „Akzessorietät" gefolgt werden.

Akzessorisch ist nun ein Recht dann, wenn es mit einem anderen rechtlichen Tatbestande, also namentlich mit einer Forderung so unlöslich verbunden ist, daß es ohne diesen nicht entstehen kann. Für die Hypothek kann es aber nur fraglich sein, ob sie im wesentlichen als akzessorisch oder als nichtakzessorisch anzusehen ist[4]). Das ergibt sich aus mannigfachen Bestimmungen des Hypothekenrechts, die sowohl nach der einen als auch nach der anderen Richtung Abweichungen enthalten. Es ist daher nicht verwunderlich, daß gerade die hier wesentlichen Bestimmungen (§§ 1138, 1153 BGB) von beiden Ansichten zur Begründung ihrer gegenteiligen Auffassungen herangezogen werden[5]). Keine von ihnen bestreitet aber, daß das dingliche Recht im Hinblick auf § 1138 BGB auch ohne Vorhandensein einer Forderung, zu deren Sicherung es dienen soll, bestehen kann[6]). Aus dem Begriff der Akzessorietät kann demnach für die von uns zu lösende Frage nichts gewonnen werden. Das Ziel unserer Untersuchung bildet ja gerade die Feststellung, ob da über hinaus die tatsächlich

---

[1]) a. a. O. S. 70.

[2]) Willms a. a. O. S. 42, wo das Verhältnis der Hypothek zur Forderung nach vier Richtungen hin geprüft wird.

[3]) Wolff, § 130 II 2 S. 466; Planck, Vorbem. vor § 1113, 2a S. 752; RG 81, 268; KGJ 40, 258; Skonietzki in Gruch. 44, 282 u. a. m. Dagegen besonders Heck, § 78; Staudinger-Kober, § 1113 I 2b S. 981; Predari, Einl. S. 123, 138; Güthe-Triebel, S. 1944 I u. a. m.

[4]) Vgl. Biermann a. a. O. zu § 1113, 2 S. 433.

[5]) Willms, a. a. O. S. 35.

[6]) Endemann, S. 836 insbes. Anm. 19.

bestehende Forderung durch Uebertragung der Hypothek mitgerissen wird und ebenfalls auf den Erwerber des dinglichen Rechts übergeht oder ob sie dem bisherigen nicht übertragen Gläubiger erhalten bleibt. Es handelt sich also nicht darum, ob die Abhängigkeit von Forderung und dinglichem Recht als Grundsatz anzuerkennen ist oder nicht. Zur Erörterung steht vielmehr, ob eine Trennung beider in der Weise vor sich gehen kann, daß Forderung und dingliches Recht auf der Gläubigerseite verschiedene Rechtsträger haben können, oder ob das dingliche Recht insoweit überwiegt, daß es stets auch die persönliche Forderung nach sich zieht.

Wie wenig aber hierfür der Akzessorietätsgedanke in Betracht kommt, ist aus folgendem zu ersehen. Sowohl Vertreter der Akzessorietätslehre als auch Anhänger der Gegenansicht kennzeichnen das gerade in diesem Zusammenhang wesentliche Verhältnis von persönlicher Forderung und dinglichem Recht dahin, daß sich die Hypothek an die Forderung anlehnt[7]) und deren Begleiter sei[8]). Auf der anderen Seite sehen aber Verfechter des Selbständigkeitsgedankens — teilweise sogar in einem Atemzug[9]) — nicht die Forderung, sondern die Hypothek juristisch als das Hauptrecht an und bezeichnen in gewissem Sinne gerade umgekehrt die Forderung als akzessorisch zum dinglichen Recht[10]). Trotzdem verneinen sie aber den Uebergang der persönlichen Forderung auf den Erwerber und belassen diese bei dem bisherigen Gläubiger[11]). Deutlicher kann es aber nicht in Erscheinung treten, daß in Wahrheit die ganze Frage nach der Akzessorietät der Hypothek für die endgültige Lösung der sich hier ergebenden Fragen auszuscheiden hat. Mit Recht erklärt daher Hartmann[12]), daß für eine Erörterung der Bedeutung des § 1153 im allgemeinen und besonders im Verhältnis zu § 1138 die gleichzeitige Untersuchung des Grundsatzes der Akzessorietät die Sachlage nur verschleiern kann.

Knüpft man daher an den heute wohl allgemein anerkannten Grundsatz an, daß die Hypothek mehr und mehr den Charakter des Hauptrechts annimmt, die Forderung hingegen in

[7]) Predari a. a. O. S. 123 als Gegner der Lehre von der Akzessorietät.

[8]) Wolff, § 130 II 2 S. 466 als Vertreter des Akzessorietätsgedankens.

[9]) Willms a. a. O. S. 36.

[10]) Staudinger-Kober, § 1113 I 2b S. 981.

[11]) Staudinger-Kober, § 1138 I a S. 1116; Willms a. a. O. S. 30.

[12]) a. a. O. S. 70.

die Rolle des Nebenrechts gedrängt wird[13]), so kann mit Recht dem Gedanken nähergetreten werden, daß diese Abhängigkeit so stark ist, daß im Ergebnis für das dingliche Recht ein im gewissen Sinne absolutes Uebergewicht zu entnehmen ist. Inwieweit aber dieses Uebergewicht in der Lage ist, einen Einfluß auf die persönliche Forderung auszuüben, bedarf nunmehr einer näheren Erörterung.

Es kann hierbei nicht verkannt werden, daß zugunsten der herrschenden Lehre, wie nochmals betont werden muß, sicherlich der Umstand spricht, daß die persönliche Forderung, soweit man nur sie im Auge hat, gutgläubig jedenfalls nach allgemeinen schuldrechtlichen Regeln nicht erworben werden kann, und daß die Bestimmungen dieser Art im Sachenrecht grundsätzlich nur für dingliche Rechte gelten.

Gegen die herrschende Lehre spricht aber ohne Zweifel, daß sämtliche Versuche, unbillige Ergebnisse zu vermeiden, in ihrer rechtlichen Begründung einen mehr zweckbetonten Eindruck hervorrufen, und keinesfalls zwangslos alle Fälle befriedigend lösen.

Das trifft in erster Linie für die Ansicht von Boehmer zu; muß er doch selbst zugeben, daß „selbst bei dieser weitherzigen Auslegung der § 409 BGB in einem Fall versagen dürfte[14])". Boehmer führt nämlich den Fall an, daß der Grundpfandgläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt und den ihm zukommenden Teil des Erlöses aus dem Grundstück hebt, gleichzeitig aber auch der Gläubiger seine Forderung anmeldet und nun neben dem dinglichen Gläubiger aus dem Erlöse befriedigt wird.

Dies gilt aber gleichermaßen auch für die Ausführungen von Sternberg, Goldmann-Lilienthal und Schmid. Auch sie sind nicht imstande, alle Fälle einer etwaigen Unbilligkeit auszuschalten.

Eine Ausnahme könnte nur zugunsten der von Gierke und Heck vertretenen Ansicht gemacht werden. Beide geben zwar jedenfalls keine nähere Begründung dafür, daß dem Schuldner gegenüber der persönlichen Forderung eine Einrede zu geben sei, sie kommen aber dabei im Prinzip der entscheidenden Frage am nächsten. Wenn Heck zu § 1161 darlegt, daß dieser Schutz dem Sinn der Zweckgemeinschaft entspricht und deshalb auch bei anderen Fällen gewährt

---

[13]) Vgl. oben, sowie ferner noch Boehmer in ArchZivPrax. 123 335: „Aenderungen des Hypothekenrechts durch die 3. Steuernotverordnung", insbesondere die S. 36/37, er spricht dort von einem Zweckwandel.

[14]) Boehmer a. a. O. S. 231.

werden muß, in denen die Gefahr der Doppelleistung droht[15]), so liegt er damit nicht die Abhängigkeit, sondern in[1] andere Zusammengehörigkeit von dinglichem Recht und persönlicher Forderung in den Vordergrund.

Soweit Heck dadurch die Interessenlage kennzeichnen will, ist ihm zuzustimmen. Wirtschaftlich gesehen dienen persönliche Forderung und dingliches Recht insoweit jedenfalls nicht verschiedenen, sondern einem einheitlichen Interesse, als eine Güterbewegung stattgefunden hat, nämlich die Begründung der persönlichen Forderung. Ein Kreditgewährungsakt, der in der Bestellung der Hypothek seine besondere starke Ausgestaltung gefunden hat, liegt vor. Aus diesem Grunde geht auch die ihm innewohnende Neigung dahin, bis zum Untergang der Forderung zusammen mit dem dinglichen Recht eine Einheit zu bilden. Die Begründung des Grundpfandrechts bildet letzten Endes nur die Hülle, welche die Forderung umschließt. Hierbei kann es allerdings zweifelhaft sein, wie man diese Beziehung rechtlich erfassen will.

Kohler[16]) weist in diesem Fall sogar ausdrücklich auf die Gesamtschuld als einem verwandten Rechtsgebilde hin, nach ihm könnte es eine große Wirrnis mit sich führen, wenn die Forderung in die eine, die Grundschuld in eine andere Hand überginge und auf solche Weise die Kreditverhältnisse verschoben und ins ungerechte verkehrt würden. Es wäre ähnlich, wie wenn z. B. bei der Gesamtschuld die Forderung gegen den einen Gesamtschuldner an den A, die gegen den anderen an B zediert würde.

Wenn auch dieser letztere Grund deswegen nicht ganz zutreffend ist, weil die herrschende Lehre bei der Gesamtschuld die Zweiung der Obligation anerkennt[17]), so zeigt er doch deutlich, wie Kohler die Verbundenheit von Hypothek und persönlicher Forderung verstanden haben will. Er nennt es „Verschwisterung beider Kreditweisen" (nämlich des Personal- und Realkredits).

Cosack-Mitteis[18]) sprechen von einer „Verkopplung der Forderung mit einer Hypothek".

In diesen Versuchen, die Verbundenheit von persönlicher Schuld und Hypothek auf eine rechtliche Grundlage zu bringen, finden wir den richtigen Weg zur Lösung dieser Frage. Nicht aus einer positiv rechtlichen Vorschrift, auch nicht aus der sogen. Akzessorietät zwischen Hypothek und persönli-

[15]) Heck a. a. O. S. 378.
[16]) Sachenrecht, § 140 II S. 413.
[17]) Die Kommentare zu § 401, insbes. Planck.
[18]) § 86 II . 322.

einer Forderung läßt sich ihre Zusammengehörigkeit beweisen. Vielmehr muß sich die Lösung der Frage aus allgemeinen Gesichtspunkten ergeben, bei denen auch insbesondere die wirtschaftlichen Funktionen der Hypothek zu beachten sind.

Eine Güterbewegung, ein Kapitalverschaffungsakt müssen im Ergebnis eine starke Bindung herbeiführen, wenn auch das Recht aus begrifflichen Gründen nach zwei Seiten hin Rechtswirkungen herbeiführt. Der wirtschaftlichen Zweckgemeinschaft, die zwischen persönlicher Forderung und Hypothek besteht, muß auch die rechtliche Gemeinsamkeit folgen.

Die Anerkennung einer solchen rechtlichen Zweckgemeinschaft braucht übrigens nicht gleichbedeutend zu sein mit der Konstruktion einer Gesamtschuld. Es ist anerkannt, daß eine Gesamtschuld eine Zweckgemeinschaft ist, jedoch zwingt dies nicht zu dem Umkehrschluß, daß jede Zweckgemeinschaft eine Gesamtschuld sein muß. Ist demnach für die im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelte Gesamtschuld die begriffliche Zweiung der Obligation anerkannt, so ergeben sich hieraus noch keinerlei Beziehungen für das Verhältnis zwischen Hypothek und persönlicher Forderung. Die wirtschaftliche Zusammengehörigkeit zwischen Hypothek und persönlicher Forderung ist in viel stärkerem Grade vorhanden. Diese wirtschaftliche Verbundenheit muß sich in derselben Stärke auch rechtlich ausdrücken lassen. Daß der Gesetzgeber ebenfalls dem Rechnung trägt, ergibt sich aus der Auslegung vieler Gesetzesbestimmungen. Dieses zeigt u. a. auch der § 1165, wonach bei Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek oder ihrer Aufhebung nach § 1183 oder der Einräumung des Vorranges für Rechte eines anderen der persönliche Schuldner insoweit frei wird, als er er ohne diese Verfügung nach § 1164 aus der Hypothek hätte Ersatz verlangen können. Nur aus der Annahme einer derartigen Zweckgemeinschaft im weiteren Sinne ergibt sich die Möglichkeit der Annahme eines gutgläubigen Erwerbs der persönlichen Forderung, ohne die Aufstellung gekünstelter oder offensichtlich zweckbetonter Konstruktionen.

Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß es immer noch fraglich bleibt, ob die Einfügung der Forderung in die Zweckgemeinschaft derart fest ist, daß sie sich nunmehr nicht aus ihr lösen kann, um selbständig und losgelöst von der bestehen-bleibenden Hypothek ihren eigenen, von dem Bestand oder Nichtbestand des dinglichen Rechts unabhängigen Rechtsschicksalen unterworfen zu sein. Wollte man hierbei von der Auffassung der herrschenden Lehre ausgehen, so

müßte man annehmen, daß die Forderung zwar auch bei dem Gutgläubigen [illegible] in aber [illegible] gespalten, dem alten Anspruch gegen den persönlichen Schuldner zu gewähren. Diesem würde also nicht, wie Staudinger und Fleck annehmen, eine Einrede im Verhältnis zum Gutgläubiger erwachsen, sondern es würde ihm jede Möglichkeit fehlen, die Forderung geltend zu machen. Seine Stellung wäre die eines formalen Rechtsträgers.

Diese von der herrschenden Lehre vorgenommene Zweiung entspricht aber, wie ausgeführt wurde, keinesfalls den wirtschaftlichen Funktionen der Hypothek. Es ist aber auch nicht einzusehen, inwieweit sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Grundlage für diese Anschauung unbedingt ergeben muß. Vielmehr ist die Annahme, daß die persönliche Forderung bei dem gutgläubigen Erwerb der Hypothek ebenfalls mit übergeht, nach den Prinzipien des Bürgerlichen Gesetzbuches gerechtfertigt.

Es darf allerdings hierbei nicht verkannt werden, daß der Grund für den Uebergang der persönlichen Forderung nicht, wie Hartmann darlegt, unmittelbar aus dem § 1138, § 1153 II BGB zu entnehmen ist, sondern aus der Tatsache, daß zwischen dinglichem Recht und persönlicher Forderung infolge des Uebergewichts des dinglichen Rechts eine Einheit besteht. Die §§ 1138 und 1153 II BGB sind nicht die den hier gezogenen Schluß begründeten Normen, sondern nur besonders charakteristische Merkmale für die innere Zusammengehörigkeit von persönlicher Forderung und Hypothek. Deshalb ist auch der ganze Streit darüber, ob diese Vorschriften Ausnahmen darstellen sollen, oder die Regel enthalten, überflüssig.

Aus dem gleichen Grunde kann es auch unerheblich bleiben, daß hier im Ergebnis ein gutgläubiger Forderungserwerb, den das Gesetz sonst grundsätzlich ablehnt, stattfindet. Der Tatsache, daß es an einer besonderen Vorschrift fehlt, kann keine Bedeutung beigemessen werden. Nicht weil das Gesetz derartige Ausnahmen kennt, wie Hartmann zur Begründung anführen will[19]), sondern weil die Hypothek die Forderung derart fest umschließt, daß eine Rechtsverdoppelung nicht möglich ist und daher der Uebergang der Hypothek den der Forderung nach sich ziehen muß, diese hier sachenrechtlichen Normen unterliegt. Das organische Wesen der Hypothek, insbesondere ihre Bedeutung in wirtschaftlicher Beziehung, bilden die Grundlage der Begrün-

[19]) Hartmann a. a. O. S. 75.

dung. Nur die Anerkennung der von uns aufgestellten Zweckgemeinschaft im weiteren Sinne kann dieser Eigenart der Hypothek gerecht werden.

ERGEBNIS:

Die vorstehenden Erörterungen brachten das Resultat, daß bei Uebertragung einer Hypothek durch einen im Grundbuchbuch eingetragenen Nichtberechtigten die persönliche Forderung mit übergehen kann.

Die Nutzanwendung dieses Resultats für die an den Anfang der Arbeit gestellten Beispiele ergibt, daß die Forderung aus dem persönlichen Schuldverhältnis auf den gutgläubigen Erwerber übergegangen ist.

Für die Konstruktion dieser Beispiele läßt sich jedoch aus dem Gesagten noch weiteres ableiten. Es wurde bisher unterstellt, daß der gutgläubige Erwerber das dingliche Recht auf Grund von § 1138 BGB erworben hatte. Es hatte sich jedoch gezeigt, daß die oben erwähnten Beispiele sich von dem einigen als „Normalfall“[1]) bezeichneten Fall grundsätzlich unterschieden. In diesem besteht eine Forderung überhaupt nicht. Eine solche kann also auch nicht durch gutgläubigen Erwerb zur Entstehung gebracht werden. Da aber gemäß § 1113 BGB die Forderung ein Wesensbestandteil der Hypothek ist, so kann der Erwerb der Hypothek oder einer Forderung begrifflich nicht erzielt werden. Hier greift § 1138 BGB ein, der vermöge einer Fiktion der Forderung den Uebergang der Hypothek an den gutgläubigen Dritten vollziehen läßt. In dieser ergänzenden Funktion gegenüber § 892 liegt die Bedeutung des § 1138. Dieser ergänzenden Funktion bedarf es jedoch nicht in den das Problem der Arbeit erklärenden Fällen. Hier ist eine Forderung tatsächlich vorhanden. Es wurde gezeigt, daß zwischen dinglichem Recht und persönlicher Forderung eine Wechselwirkung besteht, die sich nicht auf die sogen. Akzessorietät beschränkt und daß sich diese Wechselwirkung im Falle des Uebergangs dahin auswirkt, daß beide Rechte sachenrechtlichen Normen unterliegen, also gewissermaßen eine Einheit bilden. Hier kann § 892 direkt angewandt werden[2]), denn würde § 1138 für den Erwerb des dinglichen Rechts erforderlich sein, so würde neben einer existierenden Forderung durch § 1138 noch dieselbe Forderung insoweit, als sie zur Geltendmachung der Hypothek erforderlich ist, fingiert.

---

[1]) s. S 5
[2]) s. § 3, Anm. 2.

INHALTSVERZEICHNIS.

		Seite
	Einleitung	5
§ 1:	Der Begriff der Hypothek	6
§ 2:	Voraussetzungen für den gutgläubigen Erwerb einer Hypothek	10
§ 3:	Wirkungen des gutgläubigen Hypothekenerwerbs auf die persönliche Forderung	13
§ 4:	Kritische Würdigung der von Hartmann aufgestellten Lehre	24
§ 5:	Eigene Stellungnahme zu der Frage des gutgläubigen Erwerbs der persönlichen Forderung	28
	Ergebnis	35

LEBENSLAUF.

Ich, Joachim Saling, bin am 7. September 1909 als Sohn des Arztes Dr. med. Martin Saling und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Berg, in Berlin-Adlershof geboren. Zuerst besuchte ich die Vorschule der Realschule zu Adlershof und trat dann in die Sexta des Körner-Real-Reformgymnasiums in Berlin-Köpenick ein. Die Reifeprüfung bestand ich im Frühjahr 1928 an der Humboldt-Schule, einem Real-Reform-Gymnasium in Berlin-Oberschöneweide. In Heidelberg, Freiburg und Berlin studierte ich die Rechts- und Staatswissenschaften und legte Anfang Juni 1933 die erste juristische Staatsprüfung am Kammergericht zu Berlin ab.

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

Druck: Bürographia, Berlin C 25, Prenzlauer Str. 45.